

## Almanyada İdarî Kaza<sup>[1]</sup>

### 1 — İdarî kazanın safahatı tekâmülü :

*Tarihi Tafsilât :* Almanyada idarî kaza tarihi bir tekâmül geçirmiştir. Eski Alman hukukunda hukuku hususiyeye müteallik ihtilâfat ile hukuku âmme ihtilâfatı arasında bir tefrik yapılmazdı. Bu vaziyet Anglosakson hukukunda bu güne kadar devam etmiştir. Berrî Avrupada ise bu iki nevi hukuk arasındaki münasebet daha farklı bir surette inkişaf etmiştir:

Hükümdarların namahdut kudretlerinin hükümlerinde olduğu zamanlarda bile hukuku hususiye ve ceza hukuku sahasındaki kaza azçok istiklâlini muhafaza etmiş ve mutlakiyet devrelerinde bile hukukî teminat bulabilmişti. Bilâkis idarî ihtilâflar nihâi olarak hükümdarlar tarafından hükmolunmak üzere idarî makamlar tarafından rüyet olunurdu. Binaenaleyh Avrupayı Berride kuvvetlerin tefriki nazariyesi bu manada anlaşıldığından yalnız hukuku hususiye ve ceza işlerine ait ihtilâfata hakikî kaza nazarile bakılmış ve hukuku âmme ihtilâfatının rüyeti dar manasile kuvvei icraiyyeye yani idareye bırakılmıştı. Yalnız Alman hükümdarlarının kudret ve istibdadı Reich Mahkemelerine nafiz olamamıştı. Bu itibarla tebea hakkı hükümlerini suiistimal eden hükümdarlarını bu mahkemelere şikâyet edebiliyorlardı. Bu mahkemeler aynı zamanda idarî ihtilâfları da rüyet ederlerdi.

Cermen İmparatorluğunun zevalile bu şekli kaza da nihayet buldu. Bilahare muhtelif Alman memleketlerinde idarenin tasarrufatına karşı hukukî bir himaye tesis etmek fikri yeniden belirdi. Umumiyetle pek mütereddit ve pek de hararetili olmıyan bu himaye ceryanı adî mahkemeler vasıtasile idareyi kontrol etmeyi istihdaf ediyor ve bu suretle eski hukukî fikirlere

[1] " Handbuch des deutschen statsrechts „ mecmuasından alınmıştır. II - 1932 sahife 506 Almanca aslındaki notlar terceme edilmemiştir.

kısmen yaklaşıyordu. Bu sahada yapılan teşebbüslerin amelî bir neticesi yalnız Courhessen de görüldü. Orada yüksek Kassel istinaf mahkemesi idarî tasarrufları kanuniyetleri noktasından da tetkik etmeğe çalışmıştı.

19 uncu asrın nısfı evvelinde diğer Alman memleketleri ezcümle Wurtemberg, Hesse, Saxe, Baviere, bu usulü takip etmediler ve idarî kazaya bir mebde olmak üzere salâhiyettar hususî idare organları tesis ettiler. Buralarda aşağı yukarı bir dava usulü muhakemesine tebean idarî tasarrufların kanuniyeti hekkında hükümler verilmeğe başlandı.

Fakat Francfort millî meclisinde idareyi adî mahkemelerin kontrolu altına vazetmek fikri bir zafer daha kazandı. Francfort Kanunu Esasisinin 182 inci maddesi mucibince idarî kaza nihayet bulacak ve kanunun herhangi bir suretle ihlâli behemehal âdî mahkemelere tabi olacaktı. Bu hüküm tatbikatta müessir olamadı. Bir tarafta (Bahr) beyhude yere (Courhessen) misalini model ittihaz ederek (bir adalet sistemi) tanzimine çalışırken diğer tarafta hukuku idarenin hususi bir muhakeme usulüne tâbi olması fikri ilmi sahada, bilhassa Gneist'in gayretile muvaffakiyet kazanıyordu. Buna binaendir ki geçen asrın son (60) senesi zarfında Alman memleketleri yekdigelerini takiben idarî kaza müesseseleri tesis ettiler; o suretle ki harbi umumî bidayetinde, Mecklenburg, Waldek ve Schauenberg-lippe, den maada bütün Alman monarşik devletleri birer idarî kaza merciine malik bulunuyorlardı. Gerçi bizzat Reich da dairei kazası umuma şamil bir idarî kaza teessüs edemedi. Fakat burada da hukuku âmme ihtilâflarını hukuku idare usulü muhakemesine tebean halletmek üzere hususî idare mahkemeleri ihdas olundu.

Yalnız üç Hanséatique şehirde hukuku idare ihtilâfatı geniş bir mikyasta adî mahkemelere tabi olmakta idi. Çünkü mahkemelerin teşkilâtına ait methal kanununun 4 üncü fıkrası mucibince her memleketin kanunları o memleketin adî mahkemelerine hernevi kazayı tevdi etmek salâhiyetini haiz idiler. Bu üç şehir de bu hükme istinat etmişlerdi. Mamafi gerek (Reich)ta gerek idarî kaza müesseselerini havi diğer memleketlerde hususi bazı idare ihtilâfatı adî mahkemelere tevdi edilmişti. Bu da o zamanlarda (Fisc) kelimesine verilen mânadan ileri geliyordu: Eskiden hakkı mülkiyetten mütehassil ihtilâfat münhasıran hukuku hususiyeden addedilirdi, bundan dolayıdır ki Reich hâkimlerinin ve memurlarının maaşlarına müteallik şikâyetlerin, hükûmetten istimplâk münasebetiyle veya herhangi bir tasarruf dolayısıyla hukuku muhtel olanların zararuziyan taleplerinin adî mahkemelere tabi olacağı bir kanun ile tesbit edildi.

## 2 — İdarî kazanın tarif ve tahdidi :

Hukuk ilim ve şe'niyetinde idarî kaza ile adî kaza arasında Almanlar tarafından yapılmış bir tefrik görüyoruz :

Devletin diğer uf'uleleri gibi kaza uf'ulesi de maddeten ve şeklen tarif edilebilir.

*Şeklen idari kaza:* İdarî ihtilâfların mahakimi idariye tarafından rüyet olunmasıdır.

*Maddeten idari kaza* ise umumiyetle hukuku idare ihtilâfatının hal ve faslıdır. Bu iki tarifin hudut ve şümulü yekdiğerine merbut, fakat biri diğerini setredecek vaziyette değildir.

İdare mahkemeleri, teşkili mahakim kanununa nazaran Beich hukukundan addedilen hallerde, hukuku hususiyeye dair ihtilâfatı da rüyet etmeğe salâhiyettardır; buna mukabil bir kısım idarî ihtilâfatın adî mahkemelere tabi tutulmakta olduğunu da biraz evvel görmüştük. Sadece idarî kaza tabiri daima şeklen idarî kazayı ifade eder; hukuku idare ihtilâflarının adî mahkemelere tabiiyeti mevzuubahs olduğu zaman artık idarî kaza tabiri kullanılmaz; bu kabil idarî ihtilâflarda hukuku adiyeye yolu kabul edilmiştir denilir.

*Maddeten idari kazaya gelince:* İdarî ihtilâflar hukuku hususiye ihtilâflarından iddianın mahiyetine, ihtilâf mevzuunun bir hukuku hususiye veya bir hukuku amme müessesesine taallük etmesine göre tefrik olunurlar. Cezaî meseleler dahi muhteviyat itibariyle idarî ihtilâfattan ayrılırlar. Cezaî ihtilâfları yalnız teşkili mahakim kanununun 13 üncü fıkrasında müdeîç ve esas itibariyle adî mahkemelere tabi tutulan hallere hasretmemeli ve idareye karşı yapılan cürümlerle bunlar meyanında bilhassa hizmeti amme cürümlerine ve inzıbatî kabilden cezalara da teşmil etmelidir. İdarî kazanın hududu medenî ve cezaî kazadan bu suretle vazıhan ayrıldığı gibi devlet kazasından da tefrik olunmuştur. ( Devlet kazasını ) şekle göre tarif etmek nispeten daha kolay olur : *Devlet kazası*, devlet mahkemelerince hal ve fasledilen ihtilâfata dair mukarrerattır denilebilir. Fakat bu tarife göre meselâ reyleri tahkik ile mükellef mahkemelerin devlet kazasından mı addolunmak lâzım gelip gelmiyeceği ciheti müphem kalıyor. Devlet kazasının mahiyetine göre tarif ve tahdidi hakkında da denilebilir ki : devletin hukukî müesseseleri dolayısıyla hnsule gelen her ihtilâf, devlet kazası sayılmaz; meselâ memurinin hukukunu devlet hukukundan adde-

denler memurlara ait ihtilâfların kâffesini muhteviyatı itibariyle yani madeten devlet kazası addetmezler. Daha doğrusu devlet kazasının mevzuu devlet hukukuna müteallik ihtilâfatın ancak bir kısmıdır denilebilir. Bu meyanda bilhassa Reich ile diğer bir memleket veya memleketler bey-ninde teşkilâtı esasıyeye müteallik ve hukuku hususiye evsafını haiz olmıyan diğer hukukî meselelerden mütevellit ihtilâfat devlet kazasına dahildir.

Bundan daha kat'î bir tefrik yapmak ekseriya tereddüde sevkeder; yalnız şunu söylemekle iktifa edelim ki gerçi kat'î ve vazih bir tarif yapmağa muvaffak olamadıksa da ilim ve hukuk tatbikatı ile dairei şümulu takarrür etmesi lâzımgelen bir saha gösterdik. İdarî kazayı idarenin müteamel usulü muhakemesinden tefrik eden iki vasıf vardır :

Evvelâ : idarî kazada hâkim müstakil olmalıdır; fakat bu kâfi değildir. Çünkü istiklâl bizzat idarenin uzuvlarında da bulunabilir. Şu halde bundan maada iki taraf arasında hakikî bir dava olmadığı halde kararın bir dava usulü muhakemesine tebean verilmiş olması da lâzımdır.

### 3— İdarî içtihddı mahakimin envai ve teşekkülü:

Bir dava umumiyetle bir hukuk ihtilâfına istinat eder. Fakat hukuku hususiye ve ceza hukukunda olduğu gibi afakî bir surette ihtilâf olmaksızın da dava olabilir : meselâ evvelce verilmiş bir imtiyaz ruhsatiyesinin, imtiyaz sahibinin muhalefeti olmadığı halde geri alınabilmesi keyfiyetinde olduğu gibi. Fakat bu bir istisnai vaziyettir ; ihtilâfat ya aynı derecede bulunan hukukî müesseseler arasındaki münasebetten veya aralarında tabiiyet ve metbuiyet rabıtası bulunan müesseseler beynindeki münasebatan husule gelebilir. Birinciler yani aynı derecede bulunanlar arasındaki ihtilâfat hukuku idarede hukuku hususiyeden daha nadirdir. Meselâ muaveneti içtimaiye ve tedrisat birlikleri arasında veya eşhası hususiye bey-ninde umumî yolların tasarruflarından mütevellit ihtilâflar bu kabildendir. Bu gibi hallerde dava idarenin mukaddema vaki bir tasarrufuna karşı tevcih edilmiş değildir; çünkü müsavi şahsiyetler arasında böyle bir tasarruf mümkün değildir. Burada men'sei iki taraflı olan ihtilâflar mevzuubahstir; yani tarafeyn arasındaki bir dava mahiyetindedir. Fakat hukuku idarede madun, mafevk münasebatından mütevellit ihtilâflar çok daha fazladır; burada fert kudreti ammeye sahip ve amir bir makam karşısındadır;

ihtilâf hemen umumiyetle bir idarî tasarruf dolayısıyla hukuku muhtel olan ferdin bu tasarrufa itirazından doğar. Binaenaley artık burada iki taraf arasında bir ihtilâf yoktur; tıpkı adi davaların temyiz ve istinaf edilmesi gibi burada da idarenin bir tasarrufuna karşı dava mevzuubahstır. Bir de muahhar idarî ihtilâflar (Contestations posterieures) vardır. Burada taraflar arasında bir dava mevzuubahs değildir; idarenin bir tasarrufuna itiraz olunmuştur ; idare bu sıfatla davaya iştirak eder ; yoksa bir taraf olarak değil. İdare mahkemelerinin bir hak ihdas eden hükümleri ya bir keyfiyetin sadece tahakkuk ettirilmesine veya icrasına taallük eder ; asli ihtilâflarda (Contestations d'origine) her ikisi de mevzuubahstır. Bu kabil ihtilâflar bazı memleketlerde hatta Rusyada daha geniş bir sahai kabul buluyorlar ve diğer bir kısım memleketlerde ise umumiyetle reddedilmektedirler.

Muahhar ihtilâfları hemen kabul etmek için bir zaruret yoktur. Mecklemburg - Streliz, Hamburg'ta olduğu gibi, fert kaidei umumiye olarak idarî file intizar eder. Ortada bir idarî tasarruf mevcut değil de sadece ceza kanunu veya inzibatî tahkikat mucibince takibat mevzuubahs ise o zaman idarî ihtilâfin hallini bir ceza mahkemesine veya bir inzibatî mahkemeye bırakmaktansa doğrudan doğruya bir istida ile idari mahkemeye müracaat etmek daha doğru olur. Fakat bu gibi hallerde ekser Alman memleketlerinde himaye vazifesi idare mahkemelerine terettüp eder. İdare mahkemelerinin icraya müteallik hükümleri nadirdir. Bunlar meselâ tazminat davalarında olduğu gibi ekseriya asli ihtilâflardan neşet eder; zarar ve ziyân davalarının ekserisi mahakimi adiyede rüyet edilmek lâzım gelirken bu kabil ihtilâflara da idare mahkemesi bakar. Müsbet hukuk ihdas eden hükümler de nadirdir; Bunlara Prusya da otel işletme imtiyazlarında tesa-düf olunur.

İdare mahkemelerinin muahhar ihtilâflardan bir çoğunu rüyet etmeleri mümkün değildir; İdare mahkemelerinin faaliyeti yalnız idarî makamların hukuka riayetsizliklerine karşı bir himaye tesisine matuftur; yoksa onun yerine kaim olan idarî tasarrufların icrasını taahhüt edemez [1].

İdarî ihtilâflara mütedair davalar hukukî mes'elelerin halline hizmet ettiği cihetle idare mahkemeleri de vazifelerini munhasıran bu mes'elelerin

---

[1] Bundan maksat bir idare mahkemesinin idarenin bir tasarrufunun yerine başka bir tasarruf ikame edememesidir.

tetkikine hasretmelidirler. Ezcümle hüküm hataları ve hakkı takdirin sui-istimali gibi ahval dahi hukuk muhalif bir hareket olduğundan bunların zahire ihracı dahi idare mahkemelerinin dairei salâhiyetine dahildir. Fakat umumiyetle bütün hakkı takdir mes'eleleri idare mahkemelerine tâbi tutulacak olursa artık bu mahkemede tamamen idareyi kontrol vazifesi tevcih edilmiş bulunacak ve idare ile kazanın tefriki, manasını kaybedecektir. İdarî ihtilâflara müteallik davaların haricî hudutlarına gelince: en vasi bir şekilde Hamburg ve Brême de umumî bir hüküm kabul edilmiştir. Oralarda idare mahkemeleri her nevi hukuku âmme ihtilâflarını rüyet ve her yerden ziyade hukuku himaye etmektedirler.

Wurtemberg, Autriche, Thuring, Saxe ve Lubeck'te bu umumî hüküm yalnız muahhar idarî ihtilâflara hasredilmiş ve bir idarî tasarruftan dolayı hukuku muhtel olan herkes bundan şikâyete mezun kılınmıştır. Bilâkis diğer Alman memleketlerinde *tahdidi hükümler* vardır: burafarda ancak kanunun sarahaten emrettiği ahvalde idarî muhakeme usulü kabul edilmiştir. Kanunen tadat edilen ahvalin envai ve şümülüne nazaran hukukun himayesi oralarda noksan kalmıştır denilebilir. Prusyada ve muhtelif Alman memleketlerinde hiç olmaza (inzibatî kararname) ler için umumî bir hüküm zardır. Alman devletlerinin bir kısmı, (Lubeck, Brême, Brunswick, Wurtemberg, Autriche) yalnız bir tek idare mahkemesi ile iktifa etmişlerdir.

Mecklemburg, Oldenburg, Hamburg, Bade, Thuring, Saxe'ta iki dereceli; Hesse ve Bavière ve Prusse'ta üç dereceli mahkemeler vardır. Eğer yüksek idarî mahkemede hâkime (statut personnel) kavanini şahsiye hususunda tam bir istiklâl bahşulunur ve idare ihtilâflarının büyük bir kısmı bu mahkemeye tâbi tutulacak olursa bu deracatı mahakim hiç bir müşkülât arzetmez.

**Hukuku esasiye prensipleri :** A — Reich kanunu esasisi yedinci maddesinin idarî kazaya kabiliyeti tatbikiyesi.

7inci madde: « Reich » üç noktadan teşri salâhiyetini haizdir:

1 — Hukuku medeniye, 2 — Hukuku cezaiye, 3 — ceza icra tarikleri ve makamâtı idariye arasında mütekabil muavenet te dahil olduğu halde adli usulü muhakeme. Burada (adli usulü muhakeme) den ne kast edildiğini tetkik etmek lâzımdır. Herşeyden evvel buna mütekaddim hukukî vaziyeti hatırlatmak münasip olur. Eski Reich kanunu esasisinin 4üncü maddesinde buna muadil bir hüküm vardı. (Alman Devleti ve kuvvei teşriyesinin mürakabesi bütün hukuku hususiyeye, ceza hukukuna ve adli

usulü muhakemeye (procédue judiciaire) mütedair ve memleketlerin kâffesi için müşterek bulu nan mevzuatı hukukıyeye şamildir ).

Aynen ( Adli usulü muhakeme ) tâbirini orada da buluyoruz. Yine orada da ilk nazarda bu kelimenin manası vazih değildir. Üç ihtimal vardır:

1 — Ya bu kanun metni Alman Devletine her tarafta hususî mahkemeler tesisine salâhiyet veriyor.

2 — Veya sadece adî kaza yani medenî ve cezaî hususatta kanun neşrine salâhiyettar ediyor.

3 — Yahut ta alelumum kazaî teşkilât yapmasına müsaade ediyor.

Birinci fikir lehinde deniliyor ki: salâhiyetin tayini de usulü muhakemeye dahildir. Eğer devletin kendi adli makamatının salâhiyetini tayin edebilmesine mani olmak istenilseydi bunu sarahaten yazarlardı. Başka bir delil daha vardır: eski kanunu esasının mukaddimesinde: [Alman Devleti kendi hüdudu dahilinde mer'î hukukun ve bu hukuku enmükemmel şekilde temin edecek Fédéral mahkemesinin himayesi için tesis olunmuştur] deniliyordu. Bundan maada 4üncü maddenin 14 üncü numarasının gayesi de bu fikri takviye etmektedir. Orada birleştirilmiş bir kanunu medeni ile ( 1873 ten evvel borçlar kanunu, ticaret ve kambiyo kanunu ayrı idi. ), yine tevhit edilen bir ceza kanunu istihdaf ediliyor; bu birlik ise ancak yüksek ve birleştirilmiş bir mahkeme ihdasiyle muhafaza edilebilirdi.

Filhakika eski Alman devletindeki tatbikatın da bu fikre tevafuk ettiğini görürüz:

12 Haziran 1869 tarihinde yüksek bir ticaret mahkemesi tesisini istihdaf eden kanun münasebetiyle Fédéral meclisinde ( şimalî Almanya konfederasyonu kanunu esasîlerinin tadili için lâzım gelen ) üçte iki ekseriyette müşkülâtla husule gelebildi.

Bu mahkemenin salâhiyetini tevsi eden ve bir hayli Reich mahkemeleri tesis eden bir çok kanunalar, kanunu esasîyi tadil edici mahiyette addedildiler. Binaenaleyh Alman devleti eski kanunu esasîye nazaran mahkemeler tesis etmek salâhiyetini haizdir.

*İkinci fikir :* Mezkûr maddenin 13 üncü numarasının yalnız cezaî ve medenî kazaya mı inhisar ettiği yoksa kazanın diğer şubelerine de ezcümle inzibatî ve idarî kazaya da teşmil edilip edilmeyeceği mes'elesi idi. Tahdidî bir tefsire göre denilebilir ki devletin mevzubahs adli salâhiyetinden hukuku medeniye ve cezaiye ile aynı numarada bahsolunuyor. Binaenaleyh bu salâhiyet yalnız kendi dairei salâhiyetinde bulunan hukukun kazasına şamil olmak lâzım gelir. Buna mukabil bu tabirin daha etraflı

bir şekilde tetekik edilmesi için de kuvvetli sebepler serdolanuyor. Evvelâ sadece (adli usulü muhakeme) tabiri yalnız muayyen bazı hususî mahkemelerin usulü muhakemesini değil her nevi adli usulü muhakemeyi ifade eder. Saniyen burada gene devletin yalnız medenî ve cezaî hukuku değil *bütün ülkede cari* kanunları himaye ile mükellefiyetinden bahseden kanunu esasının mukaddemesinden bahsetmek lâzımdır. Ve nihayet inzibatî cezalara hükmeden mahkemeleri ihdas eden bir çok kanunlar çıkmış ve bunlar kanunu esasıyı tadil eder mahiyette addolanmamıştır. Ezcümle inzibat mahkemeleri, memurini askeriye mahkemeleri, askerî inzibat divanları, Reich şimendiferler bürosu, yüksek bahriye bürosu, sigortalar bürosu bu meyanda tadat olunabilir. Görülüyor ki Alman devleti eskiden bile yalnız âdî kazaya değil her nevi kazaya salâhiyetli mahkemeler tesis edebilir ve diğer memleketlerin idarî kazasına müteallik ahkâm da vazederdi. Yalnız müşterek teşri (legislation commun) tâbirinde müşkülâta tesadüf olunuyordu.

Maaetteessüf bu tabir Alman devletinin mevzu bahis hukuk sahalarında ancak bütün Almanyada siyanen cari olacak kanunları yapmağa salâhiyetli olduğu suretinde tefsire müsait idi. Bu günkü kanunu esasî Alman devletin salâhiyetini eski kanunu esasiden daha ziyade ve bir sistem dahilinde tevsi etmiştir. Binaenaleyh ta eskiden beri devletin adli salâhiyeti tahdit edilmemiştir; edilmiş olsaydı vazih bir surette tasrih edilirdi. Filhalka Reich kanunu esasisinde böyle bir tahdide tesadüf olunamaz; bilâkis eskiden daha aşikâr daha vazih bir şekilde vasi bir salâhiyet verilmek istendiği anlaşılıyor.

*Metne gelince :* Reich kanunu esası istimal ettiği tabirlerle adî kaza ile alelumum kazayı açıkça tefrik ediyor. Binaenaleyh kanunu esasının alelittlak (adli usulü muhakeme) den bahsettiği zaman her türlü kazaya şamil usulü muhakeme anlaşılacak icabeder. Bugün artık idarî kaza hukuku hususiye ve cezaie ile aynı numarada bulunmuyor. (Madde 7 : 1 ve 2 numaralar). (Adli usulü muhakeme) ile idare ve adliye arasında mutavassıt bir saha teşkil eden (*infazî ceza*) ve (*makamatı idariye memurini* arasında mütekabil yardım mecburiyeti) maddenin aynı 3 numaralı fıkrasında dercedilmiş bulunuyor.

Ve nihayet idarî ve adli usulü muhakemelerin aynı olduğu her iki nevi mahkemenin kanunu esasısının *kaza faslında* mevzu bahsedilmiş olmalarından istintaç ediliyor.



B — 7 inci maddenin 3 numaralı fıkrasının bilhassa idarî kaza hususundaki ehemmiyeti.

Bundan evvelki izahattan mezkûr fıkranın devletin selâhiyetini idarî kazayı tanzim etmek hususunda hiç bir suretle takyit etmediği istidlâl olunur. Binaenaleyh Reich bizzat kendi idare mahkemeleri tesis edebildiği gibi diğer memleketlerin idarî kazasını tanzim veya tesis ve ihdasını da emredebilir.

Gerçi kanunu esasisinin bazı fıkralarından iyice tesbit edilmemiş bir takım tahditat istidlâl olunabilir. Reich hukuku esasisinin heyeti umumiyesinden her memleketin hukuku idaresinin idarî teşkilât ve usulü muhakemesinin esas itibariyle kendi kanunlarına ait olduğu anlaşılır. Alman devleti ancak Reich kanunu esasisinin sarahaten emrettiği veya dolayısıyla böyle bir salâhiyeti haiz olduğu ahvalde bütün Almanyaya şamil bir teşri salâhiyetini haizdir. Eğer Reich diğer memleketlerin dahili işlerine müteallik idarî davalar usulü muhakemesini de kendi tarafına imale etmek veya bunu cebren tanzim etmek isterse idarî teşkilât ile idarî ihtilâfların usulü muhakemeleri arasındaki sıkı münasebetten dolayı bilhassa sarahaten beyan edilmemiş olan kanunu esasındaki hudutları tecavüz etmiş olur ve burada vekayii icap ettirdiği (contigence) bir salâhiyetsizlik mevzuubahs olabilir.

Bundan başka 14 üncü maddenin umumiyetle bir tahdit mi ifade ettiği suali varit olabilir. Orada memleketler makamâtı (Reich kanunu hilâfını emretmedikçe) Reich kanunlarını tatbik ederler deniyor. Bu hüküm şu suretle de tefsir edilebilir: Reich makamâtı için bu kanunları tatbik mecburiyeti bir istisnadır, bir kaide olamaz. Bunu la beraber Reich kanunu esasisinin mevkii mer'iyete vaz'ından sonra 14 üncü maddesiyle bizzat idareye Reich için vergi hususunda olduğundan daha geniş bir şümul sahası tanınmıştı, ve mezkûr maddede Reich idarî kazasının sahasına müteallik ehemmiyetli bir tahdit yoktu. Bilâkiş memleketler dahilinde de idare mahkemeleri tesis edilmesini emretmesi itibariyle kanunu esasinin 107inci maddesinde Reich idarî kazasını mecbur eden bir hüküm vardır.

### **Reich kanunu esasisinin 107 inci maddesi :**

a) 107 inci maddede şöyle deniyor: « Gerek Reich ta gerek memleketlerde kanunlara tevfikân efradı, idarî makamların emirlerine ve karar-

larına karşı himaye etmek üzere, idarî mahkemeler ihdas edilmek icab eder ».

Bu madde vazii kanuna veche veren bir çok ahkâmdan birisidir. Burada bir Reich vazii kanununa, bir de memleketler vazii kanunlarına verilmiş iki direktif vardır. Fakat vazii kanununun bu vazifesi teferruatıyla tavzih edilmemiştir. Bir çok ahvalde olduğu gibi burada da Reich kanununu esasisi yalnız hututu esasiyeyi çizmekle iktifa etmiş ve teferruatın tesbitini vazii kanunun hakkı takdirine bırakmıştır. Fakat bu vazifenin diğer cihetten *hukuki bir mecburiyet* olduğu (ihdas edilmek icabeder) tabirinden istidlâl olunur. 107inci madde kuvvei teşriiyeleri bu mecburiyetle mükellef tutmuştur. Eğer bu hükmün bu gün için tahakkuk ettirilmesi imkânsız olduğu ve hiç bir hukukun derhal tatbik olunamadığı iddia olunursa mezkûr ifade şöyle bir sui tefehhüme sebebiyet verebilir: (yalnız kuvvei icraiye doğrudan doğruya bu maddeyi tatbik etmiyebilir; çünkü bu madde kendilerini alâkadar eden hiçbir kaydı ihtiva etmiyor; bilâkis kuvvei teşriye hemen ve doğrudan doğruya tatbika mecburdur).

Bu hükmün çok noksan ve gayrı mükemmel olduğunu söylemek doğru değildir. Reich teşri uzvunun en mühimmi olan Reichtag'a karşı hiç bir kanunî cebir vasıtası mevcut değildir. Bilâkis bir idare mahkemesi tesisine mütedair bir kanun lâyihasını meclise arzetmek istemiyen hükûmet uzuvlarına karşı bir istizah varit olabilir. Aynı suretle Rayhsratın böyle bir kanun projesine muhalefeti halinde referandum emretmeyip te kanunun sukutuna sebebiyet veren devlet reisini de istizaha davet etmek mümkündür. 107inci maddenin tatbikına dair her kanun lâyihasının aleyhine rey vermeyi mümessillerine emretmiş olan Alman memleketleri nezdinde de devlet reisi vasıtasıyla teşebbüsatta bulunulabilir.

Bu müeyyedelerin filen istimal olunabileceği gayrı melhuz olsa bile hukukan mevcudiyetleri şüpheden varistedir.

Idarî mahkemeler tesisine muhalefette bulunan memleketlere karşı daha mühim bir çare vardır: Reich icra kuvveti vasıtasıyla kanuna riayet etmediklerinden dolayı ihtar ve tevbihte bulunmak.

Bu meyanda Reich vergilerinin tediyesini tehir etmek veya buna muadil bir hüküm vazetmek gibi cibrî bir vasıtai tazyika müracaatta olunabilir.

107inci madde müstakbel kanunlara taallük ettiği cihetle gerek Reich ve gerek memleketlerdeki mevcut kanunlar üzerine, bu kanunlarda mündemiç müstakbel bir teşrie müteallik prensiplere göre tesir eder. Binaen-

aleyh meselâ: Prusyanın idaresine ve idarî kazasına müteallik kanunlara ve içtimai muavenete mütedair kanunun hükümlerine, keza Hamburgta idarî kazanın adı mahkemelere tabi olacağına dair zaman ile mülga hükümünde bulunan kanunlara icrayı tesir etmez. Bllâkis 13 Ağustos 1852 tarihli Waldeck kanunu esasisinin idare mahkemeleri tesisinin memnuiyetine mütedair olan 81 inci fıkrası, 107 inci madde ile ilga olunmuştur.

Methal kanununun 4 üncü fıkrasının idare mahkemelerinin teessüsü üzerine şümülü o suretle tespit olunmuştur ki artık hiçbir memleketin kuvvei teşriiyesi idarî kazayı âdi mahkemelere tevdi edemez.

İstikbalde 107 inci maddeye muhalif hükümleri ihtiva eden kanunlar yapılırsa batıl ve Reich kanunu esasisine muhalif addolunurlar. Francfort kanunu esasisinin 182 inci maddesindeki ( idarî kaza badema mevcut değildir ) tarzındaki hüküm bu gün ancak Reich kanunu esasisine muhalif bir kanun şeklinde yaşayabilir. Binaenaleyh R. ve memleketler idarî kazası 107 inci madde ile kuvvetini kanunu esasiden alan bir kefalet ve emniyet altında bulunmaktadırlar.

Bilâkis bizim bu maddemiz efrat hakkında sübjektif bir hukuku amme ( un droit public subjectif ) ihdas etmiyor. Bunu da mezkûr hükümlerin kanunu esasinin ( esaslı haklar ve vazifeler ) kısmında değil ( Reich'in teşekkülüne ve vazifelerine ) dair olan baş kısımda münderiç olmasından istidlâl ediyoruz. Kanunu esasi, esaslı haklara müteallik bir hukukî himaye tespit emeyi ihmal etmiştir.

Hulâsa: Yalnız idarenin kanuna tabiiyeti kâfi değildir. Kanunun idarî uzuvlar tarafından ihlâli suretiyle hukukuna tecavüz edildiği takdirde efrat dahi adaletin himayesine mazhar olmalıdır. Bu suretle 107 inci madde bunu temin ve bir hukukî vaziyet tesisine hizmet etmiştir.

### C — 107 inci maddenin manayı mahsusu:

1— Biraz evvel 107inci maddenin idare mahkemeleri tesisini emrettiğini gördük. Binaenaleyh evvelâ idare mahkemelerinden ne kastedilmek istenildiğini tetkik edelim.

Mezkûr maddenin 1 ve 2 numaralarından istidlâl olunduğuna göre idarenin teşkilâtiyle münasebettar olan ve bilhassa idarî ihtilâfatı tamamen müstakil bir kazaya tebaan ve bir dava usulü muhakemesi ile rüyet eden makamat, idarî mahkeme addolunmuştur. İdarenin teşkilâtiyle münasebettar olmaktan maksat bir idarî makamın aynı zamanda bir idare mahkemesi

olması veya bir idare mahkemesinin bir idari makama merbut olup teşekkül etmesidir. İdare mahkemeleri idare dahilinde memurini mahsusadan ibaret de olabilir. Zamanımızda idarî mahkeme mefhumu o kadar geniş bir manada kullanılmaktadır ki bir âdî mahkemeye merbut olan mahkemelerde, eğer idare ile bir münasebeti varsa, idari mahkeme addolunur.

Binaenaleyh 107inci maddeye göre bir memlekette idarî ihtilâfların âdî mahkemelere tevdiî kâfi değildir. Hukukî lisanda idari mahkemeler ile âdî mahkemeler tamamen ayrı ve yekdiğerine muhalif olduğundan 107inci madde böyle bir (adalet vaziyetini) kabul etmemektedir.

İhtilâfların umumiyetle idarî bir usulü muhakemeye tabiyeti kâfi görülmüş olsaydı bu maddenin şu tarzda yazılması lâzım gelirdi: (Gerek Reich ve gerek memleketlerde kanunlara tevfiikan idarî makamatın evamir ve kararlarına karşı efradı himaye maksadile bir *hukukî usulü muhakeme* tesis etmek icabeder.)

Bundan da 107inci maddenin Reich ve memleketler için âdî mahkemelerden ayrı hususî idare mahkemeleri tesisini istihdaf ettiği anlaşılıyor.

31 ve 166ıncı maddelerde bahsolunan Reich idare mahkemesinden de anlaşılıyor ki yalnız 107inci madde mucibince devletin idarî ihtilâfatının tâbi tutulacağı idare mahkemeleri kâfi değildir. Bazı idarî ihtilâtların adî mahkemelerde rüyeti icabeder. Bunu da (kanunlara tevfiikan) ibaresinden anlıyoruz. Bu prensipler memleketlere ait idarî kaza için de varittir.

2 — İdarî kazanın vazifesi hususunna 107inci madde evvelce de söylediğimiz gibi yalnız bu çerçevenin hututu esasiyesini göstermekle iktifa etmiştir. Bu çerçeve her iki taraftan tañdit edilmiştir.

Evvelâ: gerek Reich'ta ve gerek memleketlerde efradı idari makamların kararlarına ve tasarruflarına karşı himaye maksadiyle idare mahkemeleri tesis etmek lâzımdır. Efradın himayesi iki cihetten zarurîdir: a) ya fert enfüsî veya afakî hukuku ihlâl eden bir idarî tasarrufla yapmağa mecbur olmadığı bir şeyi ifaya mecbur tutulur.

b) Yahut da ferdin enfüsî hukuku bir idarî tasarruf veya karar ile ondan hiçbir şey ifası talep edilmeksizin ihlâl edilmiş bulunur.

Binaenaleyh yalnız muahhar addedilen ihtilâflar için idarî davalar kabul edilmiştir. Aslî ihtilâflar için idarî usulü muhakeme kabul olunmamıştır.

Keza bir idarî makamın hiçbir tasarrufatta bulunmaksızın sırf ya sükûtiyle bir ferdin hukukunu ihlâl ettiği haller için de bir hüküm mevcut değildir. Burada ceza kanununa kıyasen ifası mecburî bir filin ihmali bir tasarruf

addolunamaz. 107 inai maddedeki ( idarî tasarruf ve kararlara karşı ) ibaresi bilhassa bir idarî tasarrufun mevcudiyetini istihdaf ediyor.

107 inci madde hukuku amme ihtilâflâflarını ve zarar ziyan davalarını da ihtiva etmemektedir. Reich kanunlariyle ayrıca mecbur edilmedikçe memleketler bu kabil şikâyetleri kabul edip etmemek veya ne nispette kabul etmek hususlarında serbest bırakılmışlardır.

Keza Reich kanunu esasisinin tesbit ettiği istisnalarından gayri bütün idarî ihtilâfların herhalde kabul edilmesi lâzım geleceği de 107 inci madde de mezkûr değildir ( Madde : 153, fıkra : 3 ) çünkü maddede ( idarenin tasarruf ve kararlarına ) karşı değil ( idarî tasarruf ve kararlara ) karşı ve *kanunlara tevfikân* deniyor. Binaenaleyh gerek Reich, gerek memleketler, umumî hükmü veya tahdidî şekli intihapta serbest bırakılmışlardır. Reich ve memleketlerde 107 inci madde ahkâmı ancak hukuku idare yolu kabul olunan hususî hallerde tatbik olunacaktır. Halbuki 107 inci maddenin bir kaide olması ve istisnaların nadir bulunması temenni olunmalıdır. İstisnaların mümkün mertebe tahdit edilerek bir umumî hüküm kabul edilmesi suretiyle 107 inci maddenin gaye ve hedefine vasıl olunmuş olur. Mamafî Reich ve memleketler hukuku idare yollarını bu hudut haricine doğru tevsi edebilirler.

107 inci madde Reich için de bir hudut vazetmiştir. Bu tahdide nazaran memleketler dahilinde de idare mahkemeleri tesis edilmek mecburîdir. Demek ki bütün ihtilâflar Reich idare mahkemesine tabi tutulmıyacaktır. Biraz evvel memleketlerdeki dahilî idare ihtilâflarına mütedair muhakeme usullerinin kâmilen Reich tarafından tanzim edilmesi icabettiğinden bahsetmiştik. Bundan maada memurların maaşlarına müteallik hususattan dolayı mülkiyet davlarında hukuku adiyeye yolu menedilemez ( Madde : 129, fıkra 4 ) ve bu hükmün yerine ne Reich ve ne de memleketler bir kanunla idarî mahkeme usulü ikame edemezler. Fakat haklarında muahhar kazaî tetkik yapmak mümkün olmıyan bazı mes'elelere dair mukaddema verilmiş mukarreratı, idare mahkemelerinin dairei rüyetine ithal etmek muvafıktır. Bazan mahakimi adiyeye dahi bu kararlara bakabilir. Bundan başka Reich kuvvei teşriiyesi medenî ve cezaî ihtilâfatı da idarî kazaya tabi tutabilir.

Memleketlerdeki idarî kazanın sahai şümulü bir çok ahvalde Reich hukuku ile tahdit edilmiştir. ( Ezcümle K: 1, madde: 153, fıkra: 2. cümle : 3 ) mezkûr hükme nazaran istimlâk dolayısıyla zarar ziyan talebi karşısında hukuku adiyeye yolu ancak Reich kanuniyle menolunabilir. Buna benzer di-

ğer bir çok hallerde Reich kanunları adi mahkemelerin takip edecekleri hukukî yolu göstermişlerdir. Bununla beraber umumî bir hudut kabul etmek müşkül olur. Nitekim teşkili mahakim kanununun 13 üncü maddesi memleketlerin salâhiyeti teşriyesini tahdit hususunda hiç bir kayıt ihtiva etmiyor. O derecede ki memleketler kuvvei teşriyesi bir takım ihtilâfatı âdi kazadan alarak idarî kazaya tabi tutmak hususunda hakkı takdire maliktirler.

3 — İdarî ihtilâfatta istimal olunacak muhakeme usullerinin envai hakkında 107 inci madde hiçbir vazih hükmü ihtiva etmiyor. Reich kanunu esasine nazaran muhakeme usulleri ya Prusya'daki gibi tarafeyn arasında bir dava şeklinde olabilir veyahut da iki taraf arasında hakikî bir ihtilâf yoksa umumiyetle idarî ihtilâf usulü muhakemesi tatbik olunur.

4 — (Kavanin ahkâmına tebean) tabiri Reich ve memleketlere muayyen bir hudut dahilinde istedikleri gibi idarî hukuk usulleri vaz ve teferruatını tespit etmek serbestisini bahşetmekle beraber aynı zamanda bunların *kanunlar vasıtasıyla* yapılacağını da emrediyor. Binaenaleyh devlet reisi Reich dahilinde bir nizamname ile idare mahkemeleri tesis etmek ve vazifelerini, muhakeme usullerini tespit etmek selâhiyetini haiz değildir. Mamafî bütün bunların bir kanunla tanzimi behemehal şart değildir. Eğer kanun bu hakkı diğer devlet uzuvlarına bahşetmiş ise bunu kâfi görmek doğru olur.

### III — 107 inci maddenin Reich ve memleketlerde tatbığı:

#### 1) — Memleketlerde tatbığı :

Henüz bir idarî kazaya malik olmıyan memleketlerden Hamburg 1921 ihtilâlinden sonra adi mahkemelere mülhak idare mahkemeleri ihdas etti. (1924) te Brên , Hamburga imtisal etti. Mecklenburg - Streletz ve M. Schurrne de 1922 de idare mahkemeleri teessüs etti. 1929 da Waldeck, Prusya ile birleştiği için Prusya idare mahkemeleri orada da tesis olundu. Yalnız Schauenburg Lippe' de 107 inci madde hükümsüz kaldı.

#### 2) — Reich dahilinde tatbığı :

a — Reich hususî idare mahkemeleri. Esasen bunlar şimalî Almanya konfederasyonu zamanında tesis edilmişlerdi. Bu gün en mühimleri şunlardır :

1— Muhtelif müessesatı hayriye arasındaki ihtilâfatı halleden ikametgâh bürosu. 1870 te tesis olunmuş. 1908 de bir kanunla ve 1924 te bir idarei umumiye nizamnamesiyle itmam olunmuşur.

2— Reich istihkâmat Rayon'u ve inşaat işlerine bakan inşaat Rayon komisyonları 1870 te ihdas edilmiş 1908 kanunu ve 1924 nizamnamei umumiyesiyle itmam edilmiştir.

3— 1877 de müesses muamele vergilerinin iptalini rüyetle mükellef Reich patent bürosu.

4— 27 Temmuz 1877 kanuniyle ihdas olunan bahri kazaları araştırmak ve karar vermekle mükellef yüksek bahriye bürosu. 27 Temmuz 1877 kanuniyle müesses.

5— 1884 Kanuniyle teşkil olunan içtimai muavenete müteallik ihtilâfat hakkında mukarrerat ittihazıyla mükellef Reich sigorta bürosu. Halihazırdaki Reich sigorta nizamına ve memurin sigorta kanununa müstenittir.

6— 1915 te harp ihtiyacı için bir hakem mahkemesi mahiyetinde tesis olup ta elyevm muhtelif iktisadi kanunlardan dolayı husule gelen ihtilâfları rüyet ile mükellef Reich iktisat mahkemesi.

7— Vergi ihtilâfları hakkında karar vermek üzere 1918 de bir nizamname ile tesis olunan divanı mali ve muhtelif maliye mahkemeleri.

8— Eski Reich askerlerini tazvif ile ve bundan mütevellit ihtilâfları rüyet ile mükellef mahkemeler (1922 de askerleri yerleştirme kanuniyle müesses).

9— Reich iktisat mahkemesine mülhak 2 Teşrinisani 1923 nizamnamesile ve kartellerin ittihadına müteallik kararların iptali için muhdes kartel mahkemesi.

*b — Reich idare mahkemesinin istikbali:*

Reich hükümeti 1919, 1921, 1922, 1923 tde Reich idare mahkemesi vasıtasıyla muhtelif kanun projeleri teklif etmişti. Bunlardan sonuncusu Reich idare mahkemesini bir idari âyan meclisi gibi yüksek Reich mahkemesine ilhak etmeyi istihdaf ediyordu. Bu projelerden bir netice çıkmadı. Nihayet 1930 da yüksek bir idare mahkemesi tesisini teklif eden yeni bir proje tanzim olundu. Buna nazaran federal ikametgâh bürosu ve Reich iktisat mahkemesi ve kartel mahkemeleri ilga olunacak ve salâhiyetleri Reich idare mahkemesine intikal edektir. Diğer idare mahkemeleri

ipka olunacak ve bilhassa diğer memleketlerden birinin teklifi üzerine bu memleketin idarî mahkeme usulü de — vergi ihtilâfatından maada — Reich idare mahkemesine intikal edebilecektir.

Prusya kendi yüksek idare mahkemesinin vrgi hususâtından maada Reich idare mahkemesine kalbedilmesi arzusunu izhar etti. Thuring de aynı temayülü gösterdi. Bu ileriye doğru mühim bir hatve idi. Bu imkân-lara mukabil projede Reich idare mahkemesinin selâhiyeti arzu edildiğinden daha sıkı bir surette tahdit edilmiştir. Temenni olunurdu ki 107 inci maddenin hükmü tamamiyle tatbik edildikten maada hukuku hususiyede olduğu gibi hukuku amme sahasında da esas itibariyle her hukukî mes'ele yüksek bir idare mahkemesinde temyiz edilebilsin. Bir (hukuk devleti) fikrinde olduğu gibi bir hukuk birliği de bu gayeyi gösterir.

Projenin tahakkuk edebilmesi uzak bir ihtimal görünüyor. Mezkûr proje muhtelif sahalara dair iki umumî kaydı ihtiva ediyor: 1) İdarî bir makamın idarenin bir tassarrufuna karşı veya devlet şimendiferleri aleyhine şikâyetine taallûk eder. Bu tasarruflar ya bir emre, ya bir memnuiyete yahutta hukukî bir ruhsatın verilmesine, reddolunmasına veya geri alınmasına mütedair olabilir. Bu hüküm tatbikatta ilk nazarda zannolunduğu kadar ehemmiyetli değildir. b) İkinci kaydı umumî daha mühimdir:

Memleketler makamâtı idariyesinin Reich kanuniyle gayrı kabili telif veya Reich kanunlarının tatbikını temin eden memleket kanunlarıyla tehalûf eden inzibatî nizamnameler mevzuubahstır. Bundun maada Reich hukukunun bir idarî ihtilâf usulü muhakemesi veya bir dava emrettiği hal-lerde de hukuku idare yolu açıktır. Fakat memleketler dava yolunu başka türlü istimal edebilir.

Ve nihayet Reich idare mahkemesinin salâhiyeti Rayhsratın da iltihakiyle hükûmetin basit bir karariyle tevsi edilebileceğine nazaran vahdeti kazaiye yolu da temin edilmiş olacaktır. Bu hükmün ne dereceye kadar tatbik edilebileceği mes'elesini Rayhsrat ta bu husususta husule gelecek muhalefetin kudretine tabidir.

Mevzuubahs ahkâm kabul edilmediği takdirde memleketler makamâtı idariyesinin Reich hukukiyle tesadüm eden tasarrufları Reich idare mahkemesinin salâhiyeti haricinde kalıyor. Bir idarî tasarruftan dolayı mutazarır olan her kesin idare mahkemesine müracaat edebilmesi için umumî bir hüküm konulması arzusunu mezkûr proje tatmin ediyor. Bununla beraber



bu lâyihanın birçok tadilâtle kanuniyet kespilmesi şiddetle temennî olunur. Belki Reich hukukundaki büyük boşluk bu suretle doldurulabilir. Reich kuvvei teşriyesinin, kanunu esasının 107 inci maddesinin kendisine sarahaten emrettiği bu hukuki vazifeyi çok zamandan beri ihmal ettiğini artık anlamak zamanı gelmiştir.

**Felix Genzmer**

*Franstzcaya terceme eden*

**Prof. Ch. Crozat**

*Türkçeye çeviren*

**B. Hamdi**